Bank Islam Malaysia Bhd lwn Azhari bin Md Ali

A

MAHKAMAH TINGGI (SHAH ALAM) — GUAMAN SIVIL NO 22–1221 TAHUN 2006
SURAYA OTHMAN H
15 MAC 2012

B

Kontrak — Ganti rugi — Beban bukti — Beban untuk membuktikan kerugian terletak pada orang yang menuntut kerugian — Sama ada defendan membuktikan kerugiannya — Akta Kontrak 1950 ss 74 & 76

C

Perbankan — Bank dan urusan bank — Perbankan Islam — Kemudahan al-Bai Bithaman Ajil — Sama ada perjanjian jualan harta tidak sah dan bertentangan dengan prinsip asas Syariah — Sama ada prinsip undang-undang kontrak terpakai dalam menentukan kesahan kontrak BBA

D

Plaintif telah meluluskan satu kemudahan pembiayaan *al-Bai Bithaman Ajil* ('BBA') kepada defendan bagi membiayai pembelian sekeping tanah serta kos membina satu unit rumah banglo di atas tanah tersebut. Satu perjanjian belian hartanah telah ditandatangani antara plaintif dan defendan yang mana plaintif bersetuju untuk membiayai pembelian hartanah tersebut dengan harga belian sebanyak RM123,235.65. Pada masa yang sama, satu perjanjian jualan hartanah telah ditandatangani oleh plaintif dan defendan yang mana plaintif menjualkan hartanah tersebut berserta bangunan yang akan didirikan kepada defendan dengan bayaran tertangguh sebanyak RM305,284.80. Plaintif mendakwa bahawa defendan telah memungkiri terma pembayaran balik kemudahan tersebut. Akibatnya, plaintif telah menarik balik kemudahan pembiayaan tersebut serta menuntut terhadap defendan baki harga jualan selepas menolak bayaran ansuran yang telah dijelaskan oleh defendan. Defendan mendakwa, antara lain: (i) bahawa perjanjian jualan harta tersebut tidak sah dan bertentangan dengan prisip asas Syariah kerana unit rumah yang dirujuk dalam perjanjian tersebut tidak wujud semasa perjanjian tersebut ditandatangani; (ii) bahawa pembinaan rumah tersebut hanya dapat disiapkan dalam nisbah bayaran sebanyak 75% sahaja. Namun begitu, pihak plaintif secara salah telah melepaskan bayaran pembinaan rumah kepada kontraktor untuk nisbah bayaran sebanyak 95%; (iii) bahawa bayaran kemajuan telah dilakukan oleh plaintif kepada Shahbuilders (M) Sdn Bhd di mana syarikat tersebut bukanlah pihak di dalam perjanjian pembinaan tersebut; (iv) bahawa bayaran tersebut telah dibuat oleh plaintif tanpa sijil pengesahan dari arkitek; dan (v) bahawa beliau telah mengeluarkan perbelanjaan sebanyak RM39,197 untuk menyempurnakan pembinaan rumah tersebut yang tidak selamat ataupun sesuai untuk dididuki. Defendan telah memfailkan tuntutan balas

E

F

G

H

I

terhadap plaintif untuk menuntut kerugian yang dikatakan dialaminya. Isu-isu yang timbul untuk diputuskan adalah: (a) sama ada perjanjian belian hartanah dan perjanjian jualan hartanah tersebut adalah sah dan mengikat defendan; (b) sama ada terdapat pelanggaran perjanjian-perjanjian tersebut oleh defendan; dan (c) sama ada plaintif bertindak selari dengan terma-terma dalam perjanjian jualan hartanah tersebut dalam pengeluaran pembiayaan bagi pembinaan rumah banglo bagi defendan.

Diputuskan, membenarkan tuntutan plaintif dan menolak tuntutan balas defendan tanpa perintah untuk kos:

(1) Prinsip BBA adalah sama seperti prinsip undang-undang kontrak yang diguna pakai oleh perbankan konvensional dalam menawarkan kemudahan pinjaman. Oleh itu, undang-undang kontrak merupakan undang-undang yang perlu diaplikasikan dalam menentukan sama ada kontrak BBA yang menjadi isu di dalam kes ini sah ataupun tidak;*Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeals* [2009] 6 MLJ 839 dirujuk (lihat perenggan 12 & 15).

(2) Defendan dengan kerelaannya sendiri terikat dengan syarat-syarat dan terma yang terkandung di dalam BBA tersebut. Kontrak pembiayaan BBA tersebut adalah sah dan mengikat defendan. Defendan telah memungkiri terma-terma di dalam kontrak BBA, khususnya berkaitan pembayaran balik kemudahan tersebut kepada pihak plaintif apabila gagal membuat bayaran ansuran yang ditetapkan (lihat perenggan 16 & 21).

(3) Kontrak bangunan tersebut tidak secara khusus merujuk kepada cara pengeluaran bayaran berperingkat kepada kontraktor. Oleh itu, dakwaan defendan bahawa sijil arkitek diperlukan bagi setiap pengeluaran bayaran berperingkat adalah tidak berasas dan wajar ditolak. Juga adalah tidak wajar untuk mewajibkan plaintif supaya melakukan pemeriksaan secara terperinci atau melantik arkitek untuk menyediakan laporan ke atas setiap peringkat pembinaan sebelum meluluskan bayaran kemajuan tersebut, sedangkan kontrak bangunan tersebut tidak menghendaki plaintif untuk berbuat demikian; *Cheah Swee Fah v Bank Bumiputra Malaysia Bhd & Anor* [2007] 7 MLJ 481 dirujuk (lihat perenggan 28 & 32).

(4) Defendan sendiri mempunyai pengetahuan mengenai pembayaran berperingkat yang dibuat oleh plaintif atas nama Shahbuilders (M) Sdn Bhd. Ini adalah kerana setiap surat-surat tuntutan bayaran oleh kontraktor telah dihantar salinannya kepada defendan. Namun begitu, tiada sebarang bantahan dibuat oleh defendan terhadap cara pembayaran tersebut. Tindakan defendan tersebut secara langsung telah mengenepikan haknya bagi mempertikaikan pembayaran bayaran

kemajuan tersebut; *Norashikin v Champion Motors (M) Sdn Bhd* [1971] 2 MLJ 217 dirujuk (lihat perenggan 33).

(5) Untuk berjaya dalam tuntutan ganti rugi defendan perlu membuktikan ganti rugi-ganti rugi yang dituntut. Ini adalah berdasarkan ss 74 dan 76 Akta Kontrak 1950 yang menghendaki defendan membuktikan kerugian yang dialaminya. Adalah undang-undang yang mantap bahawa beban untuk membuktikan kerugian adalah terletak ke atas orang yang menuntut kerugian tersebut. Defendan telah gagal mengemukakan sebarang bukti bagi menyokong kerugian-kerugian serta perbelanjaan yang dikatakan telah dialaminya; *Guan Soon Tin Mining Co v Wong Fook Kum* [1969] 1 MLJ 99 dirujuk; *Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v Plenitude Holdings Sdn Bhd* [1994] 3 MLJ 777 dirujuk (lihat perenggan 38–39 & 42).

[English summary

The plaintiff had approved an *al-Bai Bithaman Ajil* ('BBA') financing facility to the defendant to fund the purchase of a piece of land as well as the costs of constructing a bungalow house on the land. An agreement for the purchase of the property had been signed between the plaintiff and the defendant where the plaintiff agreed to fund the purchase of the property with the purchase price of RM123,235.65. At the same time, an agreement for the sale of the property was signed by the plaintiff and the defendant where the plaintiff sold the property together with the building which will be constructed, to the defendant with deferred payment of RM305,284.80. The plaintiff alleged that the defendant had breached the terms of repayment of the facility. As a result the plaintiff had withdrawn the financing facility and claimed against the defendant for the balance of selling price after deducting the installments paid by the defendant. The defendant alleged, inter alia: (i) that the property sale agreement was not valid and was against the fundamental principles of Shariah as the house unit referred in the agreement did not exist when the agreement was executed; (ii) that the construction of the house could only be completed in the ratio of 75%. However, the plaintiff had wrongly released the payment for the construction of the house to the contractor in the ratio of 95%; (iii) that the progressive payment had been made by the plaintiff to Shahbuilders (M) Sdn Bhd where the company was not privy to the building agreement; (iv) that the payment had been made by the plaintiff without the certificate of confirmation from the architect; and (v) that he had expended the sum of RM39,197 to complete the construction of the house which was not safe nor suitable for occupation. The defendant had filed counterclaim against the plaintiff to claim the losses allegedly suffered. The issues that arose for determination were: (a) whether the agreement for the purchase of the property and the agreement for the sale of the property was valid and binding on the defendant; (b) whether there was breach of the agreements by the defendant; and (c) whether the plaintiff acted in line with the terms of the agreement for

the sale of the property in releasing the funds for the building of the bungalow house for the defendant.

Held, allowing the plaintiff's claim and dismissing the defendant's counterclaim with no order as to costs:

(1) The principles of BBA is the same as the principles of law of contract which is applied by the conventional banking in its offer for financing facility. Thus, the law of contract is the applicable law in deciding whether the BBA contract which was an issue in this case was valid or not: *Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeals* [2009] 6 MLJ 839 referred (see paras 12 & 15).

(2) The defendant was, on his own will, bound by the conditions and terms which contained in the BBA. The BBA financing contract was valid and binding on the defendant. The defendant had breached the terms in the BBA contract, especially in regard to the repayment of the facility to the plaintiff when he failed to make the installment payment as fixed (see paras 28 & 32).

(3) The building contract did not specifically refer to the mode of progressive payment to be made to the contractor. Therefore, the defendant's allegation that the architect certificate was required for each progressive payment was baseless and ought to be dismissed. Also, it was in appropriate to compel the plaintiff to make a detailed inspection or to appoint an architect to prepare the report on each stage of the construction before approving the progressive payment, when the building contract did not require the plaintiff to do so; *Cheah Swee Fah v Bank Bumiputra Malaysia Bhd & Anor* [2007] 7 MLJ 481 referred (see paras 28 & 32).

(4) The defendant himself had the knowledge on the progressive payment made by the plaintiff in the name of Shahbuilders (M) Sdn Bhd. This was because for each letter of demand for payment by the contractor, a copy of it had been sent to the defendant. Nevertheless, there was no any objection made by the defendant on the mode of payment. The defendant's action had impliedly set aside its right to dispute the progressive payment; *Norashikin v Champion Motors (M) Sdn Bhd* [1971] 2 MLJ 217 referred (see para 33).

(5) In order to succeed in the claim for damages, the defendant must prove the damages claimed for. This was based on ss 74 and 76 of the Contracts Act 1950 which require the defendant prove the losses suffered. It is established law that the burden to prove the loss is on the person who is claiming the damages. The defendant had failed to adduce any evidence to support the losses and the expenses allegedly suffered; *Guan Soon Tin*

Mining Co v Wong Fook Kum [1969] 1 MLJ 99 referred; *Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v Plenitude Holdings Sdn Bhd* [1994] 3 MLJ 777 referred (see paras 38–39 & 42).]

Nota-nota

Untuk kes-kes mengenai perbankan Islam, lihat 1(2) *Mallal's Digest* (4th Ed, 2010 Reissue) perenggan 2273–2290.

Kes-kes yang dirujuk

Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeals [2009] 6 MLJ 839, MR (dirujuk)

Barrett Bros (Taxis) Ltd v Davies [1966] 1 WLR 1334, MR (dirujuk)

Cheah Swee Fah v Bank Bumiputra Malaysia Bhd & Anor [2007] 7 MLJ 481; [2008] 3 CLJ 132, MR (dirujuk)

Chin Sin Motor Works Sdn Bhd & Anor v Arosa Development Sdn Bhd & Anor [1992] 1 MLJ 23, MT (dirujuk)

Dato' Seri Au Ba Chi v Malayan United Finance Bhd & Anor; Dato Au Development Sdn Bhd v Malayan United Finance Bhd & Anor [1989] 3 MLJ 434, MT (dirujuk)

Donoghue v Stevenson [1932] AC 562, HL (dirujuk)

Guan Soon Tin Mining Co v Wong Fook Kum [1969] 1 MLJ 99; [1968] 1 LNS 43, MP (dirujuk)

Kian Lup Construction v HongKong Bank Malaysia Bhd [2002] 7 MLJ 283; [2002] 7 CLJ 32, MT (diikut)

Norashikin v Champion Motors (M) Sdn Bhd [1971] 2 MLJ 217 (dirujuk)

Salomon v Salomon & Co Ltd [1897] AC 22, HL (dirujuk)

Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v Plenitude Holdings Sdn Bhd [1994] 3 MLJ 777; [1995] 1 CLJ 15, MP (dirujuk)

Undang-undang yang dirujuk

Akta Kontrak 1950 ss 74, 76

Abdul Rahim bin Mohd Sati (Hisham, Sobri & Kadir) bagi pihak plaintif.
Ahmad Zaharil bin Muhaiyar (AM Zaharil) bagi pihak defendan.

Suraya Othman H:

PENGENALAN

[1] Tuntutan plaintif terhadap defendan adalah untuk bayaran jumlah baki terhutang bagi kemudahan pembiayaan *al-Bai Bithaman Ajil* ('BBA') yang telah diberikan oleh plaintif kepada defendan untuk jumlah sebanyak RM282,445.01 setakat 28 Julai 2005 beserta dengan kos. Manakala defendan

telah memfailkan tuntutan balas terhadap plaintif seperti yang berikut:

(a) deklarasi bahawa perjanjian belian dan jualan harfa adalah batal dan tidak sah;

(b) ganti rugi am sejumlah RM250,000;

(c) ganti rugi teladan sebanyak RM200,000;

(d) ganti rugi khas:

(i) pendapatan sewa harta sebanyak RM1,000 sebulan;

(ii) yuran guaman dan perbelanjaan sebanyak RM1,687;

(iii) kos mengupah kontraktor baru untuk menyiapkan rumah sebanyak RM39,197;

(iv) kos menilai harga tanah sebanyak RM15,000; dan

(v) jumlah ansuran yang telah dibayar oleh defendan kepada plaintif sebanyak RM8,845.83.

(e) kos.

KES PLAINTIF

[2] Plaintif melalui pernyataan tuntutannya telah menyatakan bahawa melalui surat tawaran bertarikh 25 November 1997, plaintif telah meluluskan satu kemudahan pembiayaan *al-Bai Bithaman Ajil* (jual beli dengan harga tertangguh) sebanyak RM123,235.65 kepada defendan bagi membiayai pembelian sekeping tanah serta kos membina satu unit rumah banglo di atas tanah tersebut.

[3] Pada 8 Mei 1998, satu perjanjian belian hartanah telah ditandatangani antara plaintif dan defendan di mana plaintif bersetuju untuk membiayai pembelian hartanah tersebut dengan harga belian sebanyak RM123,235.65.

[4] Pada masa yang sama juga, satu perjanjian jualan hartanah telah ditandatangani oleh plaintif dan defendan di mana plaintif menjualkan hartanah tersebut beserta bangunan yang akan didirikan kepada defendan dengan bayaran tertangguh sebanyak RM305,284.80, tertakluk kepada syarat-syarat perjanjian tersebut. Selanjutnya gadaian ke atas hartanah tersebut telah didaftarkan di pejabat tanah Klang, Selangor Darul Ehsan pada 15 Mei 1998.

[5] Berdasarkan pernyataan tuntutan tersebut, plaintif mendakwa bahawa defendan telah memungkiri terma pembayaran balik kemudahan tersebut.

Akibatnya, plaintif telah menarik balik kemudahan pembiayaan tersebut serta menuntut terhadap defendan baki harga jualan selepas menolak bayaran ansuran yang telah dijelaskan oleh defendan. Jumlah tuntutan plaintif setelah ditolak dengan jumlah ansuran yang telah dibayar oleh defendan adalah sebanyak RM282,445.01.

KES DEFENDAN

[6] Melalui pernyataan pembelaan bertarikh 20 Disember 2006, defendan mendakwa bahawa perjanjian jualan harta tersebut tidak sah dan bertentangan dengan prisip asas syariah kerana unit rumah yang dirujuk dalam perjanjian tersebut tidak wujud semasa perjanjian tersebut ditandatangani. Oleh itu, kedua-dua perjanjian belian hartanah dan perjanjian jualan hartanah adalah terbatal dari mula kerana bertentangan dengan prinsip jual beli Islam.

[7] Defendan juga menyatakan bahawa pembinaan rumah tersebut hanya dapat disiapkan dalam nisbah bayaran sebanyak 75% sahaja. Namun begitu, pihak plaintif secara salah telah melepaskan bayaran pembinaan rumah kepada kontraktor untuk nisbah bayaran sebanyak 95%.

[8] Defendan juga telah mendakwa bahawa bayaran kemajuan telah dilakukan oleh plaintif kepada Shahbuilders (M) Sdn Bhd di mana syarikat tersebut bukanlah pihak di dalam perjanjian pembinaan tersebut. Defendan selanjutnya mendakwa bahawa bayaran tersebut telah dibuat oleh plaintif tanpa sijil pengesahan dari arkitek.

[9] Selain dari isu-isu yang dinyatakan di atas, defendan selanjutnya mendakwa bahawa beliau telah mengeluarkan perbelanjaan sebanyak RM39,197 untuk menyempurnakan pembinaan rumah tersebut. Beliau juga menjelaskan bahawa rumah yang dibina berasaskan perjanjian pembinaan tersebut tidak mempunyai sijil layak menduduki. Oleh itu, ia tidak selamat dan sesuai untuk diduduki.

ISU-ISU YANG PERLU DIPUTUSKAN

[10] Plaintif dan defendan telah mengemukakan pelbagai isu untuk dibicarakan. Walau bagaimanapun, berdasarkan naratif kes di atas, saya berpendapat bahawa persoalan utama yang perlu diputuskan ialah seperti berikut:

(a) (i) sama ada perjanjian belian hartanah bertarikh 8 Mei 1998 dan perjanjian jualan hartanah bertarikh 8 Mei 1998 yang berasaskan prinsip pembiayaan *al-Bai Bithaman Ajil* (jual beli dengan harga tertangguh) adalah sah dan mengikat defendan;

(ii) sama ada terdapat pelanggaran perjanjian-perjanjian tersebut oleh defendan; dan

(b) sama ada plaintif bertindak selari dengan terma-terma dalam perjanjian jualan hartanah tersebut dalam pengeluaran pembiayaan bagi pembinaan rumah banglo bagi defendan.

[11] Ketika perbicaraan penuh dijalankan, pihak plaintif telah memanggil dua orang saksi iaitu Encik Din bin Che Mat ('PW1') iaitu seorang pengurus kanan di bank plaintif dan Puan Kamsilawati bt Sabran ('PW2') iaitu seorang penolong pengurus juga bekerja di bank plaintif. Sementara itu, defendan telah memanggil dua orang saksi iaitu defendan sendiri, Encik Azhari bin Md Ali ('DW1') dan Encik Abd Halim bin Omar ('DW2') iaitu seorang jurutera mekanikal.

KEPUTUSAN MAHKAMAH

Isu (a): (i) Sama ada prinsip pembiayaan al-Bai Bithaman Ajil (BBA) adalah sah dan mengikat defendan

[12] Kemudahan yang dipertikaikan oleh defendan dalam kes ini ialah *al-Bai Bithaman Ajil* ('BBA'). Prinsip kontrak BBA telah dijelaskan oleh Mahkamah Rayuan di dalam kes yang tersohor mengenai isu ini iaitu: *Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeals* [2009] 6 MLJ 839, di mana Mahkamah Rayuan menjelaskan seperti berikut:

> A BBA contract is a financial instrument in Islamic banking. It is the mast common form of transaction being used in Islamic banking in this country. Basically, a BBA contract is a deferred payment sale contract. It is used to finance bank's customers to purchase and own properties or assets. It involves two distinct contracts, one a property purchase agreement and also a property sale agreement.
>
> In a typical BBA contract, the customer will first sell the property or asset to the bank under the property purchase agreement. The bank's purchase price would be the amount required by the customer. That sum is called the facility amount or the financing amount It is also described as the bank's purchase price.
>
> The sale is a cash sale. The bank has to pay the purchase price to the customer immediately upon the completion of the documentation process. But in most cases, where a customer had entered into a sale and purchase agreement with a developer to purchase a house, and therefore needs financing, the bank and the customer would mutually agree that the bank shall release the amount (the bank's purchase price) to the developer in stages against progress payment certificates.
>
> With that purchase, the property belongs to the bank. But, the customer is to buy it back from the bank and he will only be able to pay the price over a period of years. The bank will sell but the sale price will not be the same amount as the bank's purchase price. The sale price will include the bank's profit on the sale, which will

later be calculated and added to the purchase price. The total amount is now the sale price. In effect, the bank will sell the very same property it has purchased from the customer to him at a selling price under the properly sale agreement. The customer then will pay the bank's selling price over a period of years by monthly installments. At that point the customer becomes the owner of the property again.

[13] Berpandukan kepada kes di atas, peguamcara yang mewakili plaintif, Encik Abdul Rahim bin Mohd Sati menghujahkan bahawa perjanjian belian hartanah bertarikh 8 Mei 1998 dan perjanjian jualan hartanah bertarikh 8 Mei 1998 adalah sah dan mengikat defendan kerana prinsip pembiayaan BBA adalah satu kontrak yang sah sebagaimana yang telah diputuskan oleh Mahkamah Rayuan di dalam kes tersebut. Peguam plaintif juga berhujah bahawa defendan telah mengakui bahawa tandatangan di dalam perjanjian penjualan hartanah adalah tandatangan beliau dan juga bersetuju dengan terma-terma di dalam perjanjian tersebut. Oleh itu, defendan adalah terikat dengan syarat-syarat dan terma yang terkandung di dalam perjanjian penjualan hartanah tersebut.

[14] Pendirian defendan sebagaimana yang dinyatakan di dalam pernyataan pembelaan adalah bahawa perjanjian BBA tersebut adalah tidak sah dan terbatal dari mula kerana bertentangan dengan prinsip jual beli Islam. Peguam defendan, Encik Ahmad Zaharil bin Muhaiyar juga berhujah bahawa pinjaman melalui perbankan Islam secara BBA telah menyebabkan writ saman dan penyata tuntutan menuntut satu jumlah keuntungan yang dijangkakan yang dikira bagi tempoh 20 tahun kehadapan dan pengiraan keuntungan bagi tempoh tersebut dibayar pada hari ini. Oleh itu pemakaian prinsip BBA tersebut boleh menjadikan mahkamah ini satu tempat untuk menuntut keuntungan di masa hadapan tetapi perlu dibayar pada hari ini.

[15] Dalam memutuskan isu mengenai keesahan pelaksanaan prinsip BBA di Malaysia, adalah tidak sukar bagi saya untuk menyatakan bahawa prinsip BBA adalah sama seperti prinsip undang-undang kontrak yang diguna pakai oleh perbankan konvensional dalam menawarkan kemudahan pinjaman. Oleh itu, undang-undang kontrak merupakan undang-undang yang perlu diaplikasikan dalam menentukan sama ada kontrak BBA yang menjadi isu di dalam kes ini sah ataupun tidak. Pendekatan ini telah digariskan oleh oleh Md Raus bin Sharif HMR, (beliau ketika itu), di dalam kes *Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeal* yang menyatakan:

the law applicable to BBA contracts is no different from the law applicable to loan given under the conventional banking. The law is the law of contract and the same principle should be applied in deciding these cases. Thus, if the contract is not vitiated by any vitiating factor recognised in law such as fraud, coercion, undue influence, etc the court has a duty to defend, protect and uphold the sanctity of the contract entered into between the parties.

[16] Berdasarkan prinsip yang digariskan oleh Mahkamah Rayuan di atas, adalah jelas bahawa pendekatan yang perlu saya lakukan adalah dengan menilai dan mempertimbangkan kemudahan pinjaman BBA berlandaskan undang-undang kontrak yang sedia ada. Berbalik kepada kes di hadapan saya ini, saya mendapati bahawa defendan tidak mempertikaikan bahawa kedua-dua perjanjian pembelian hartanah dan perjanjian penjualan hartanah telah dimeterai di antara plaintif dan defendan pada 8 Mei 1998. Defendan, iaitu Encik Azhari bin Md Ali, (DW1), sendiri mengakui bahawa tandatangan di dalam perjanjian penjualan hartanah adalah tandatangan beliau dan juga ini bermakna beliau bersetuju dengan terma-terma di dalam perjanjian tersebut. Oleh itu, adalah jelas bahawa defendan dengan kerelaannya sendiri terikat dengan syarat-syarat dan terma yang terkandung di dalam BBA tersebut. Pengakuan DW1 mengenai perkara ini adalah seperti yang terdapat pada jawapan kepada soalan 8 dalam pemeriksaan balas seperti berikut:

> S: Sila rujuk mukasurat 48 Ikatan Dokumen Bersama, setuju ini tandatangan kamu, Encik Azhari?
>
> J: Ya.

[17] Berpandukan kepada kes di atas dan juga keterangan defendan sendiri, saya mendapati bahawa kontrak pembiayaan BBA tersebut adalah sah dan mengikat defendan kerana tiada sebarang bukti yang menunjukkan bahawa terdapatnya sebarang elemen-elemen penipuan, paksaan ataupun pengaruh yang tidak wajar ketika perjanjian pembiayaan BBA tersebut ditandatangani di antara plaintif dan defendan.

Isu (a): (ii) Sama ada terdapat pelanggaran perjanjian-perjanjian tersebut oleh defendan

[18] Mengenai isu sama ada defendan gagal mematuhi terma-terma di dalam perjanjian BBA tersebut, adalah jelas bahawa saksi plaintif Encik Din bin Che Mat, (PW1), iaitu seorang pengurus kanan di bank plaintif menyatakan bahawa melalui perjanjian penjualan hartanah tersebut, pihak bank menjualkan tanah serta bangunan yang akan didirikan kepada defendan dengan bayaran tertangguh sebanyak RM305,284.80 termasuk keuntungan bank. PW1 juga telah memberi keterangan bahawa tempoh bayaran ansuran bulanan adalah selama 240 bulan dengan bayaran sebulan sebanyak RM1,272.02 yang perlu dijelaskan pada atau sebelum 7 haribulan setiap bulan.

[19] Keterangan ini telah diakui benar oleh DW1 apabila disoal balas oleh peguam plaintif dengan merujuk kepada Jadual Kedua di dalam soal balas perjanjian BBA tersebut. Meskipun pada mulanya, DW1 menyatakan bahawa beliau tidak pernah sekali pun membuat bayaran ansuran kepada plaintif,

namun apabila beliau dirujuk kepada perenggan 33(j) pernyataan pembelaan defendan, DW1 mengakui jumlah ansuran yang telah dibayar oleh beliau kepada plaintif adalah berjumlah RM8,845.83.

[20] Seterusnya, Puan Kamsilawati bt Sabran ('PW2') iaitu seorang penolong pengurus di bank plaintif, ketika memberikan keterangan telah mengesahkan bahawa berdasarkan rekod plaintif, jumlah ansuran yang telah dijelaskan oleh defendan kepada plaintif setakat ini adalah sebanyak RM11,470.55 sebagaimana yang direkodkan di dalam penyata akaun plaintif bertarikh 10 Oktober 2011. Dalam hal ini, apabila dirujuk kepada surat-surat tuntutan tunggakan bayaran yang dikeluarkan plaintif, DW1 mengakui bahawa ia adalah merupakan surat-surat tuntutan plaintif kepada defendan bagi menjelaskan bayaran tunggakan kemudahan tersebut tetapi DW1 mengesahkan bahawa beliau tidak mematuhi surat-surat tuntutan tersebut. Berikut diturunkan jawapan defendan kepada soalan-soalan mengenai isu ini:

S: Sila rujuk mukasurat 125, 126, 127 dan 129 Ikatan Dokumen Bersama, setuju atau tidak ini adalah surat-surat tuntutan oleh Plaintif supaya menjelaskan tunggakan kemudahan?

J: Setuju.

S: Adakah ianya dibayar?

J: Tidak.

[21] Berdasarkan keterangan-keterangan material di atas, saya dapat merumuskan bahawa defendan telah memungkiri terma-terma di dalam kontrak BBA yang telah dipersetujui, khususnya berkaitan pembayaran balik kemudahan tersebut kepada pihak plaintif apabila gagal membuat bayaran ansuran yang ditetapkan.

Isu (b): Sama ada plaintif bertindak selari dengan terma-terma dalam perjanjian jualan hartanah tersebut dalam pengeluaran pembiayaan bagi pembinaan banglo bagi defendan

[22] Peguamcara bagi plaintif berhujah dan saya juga bersetuju bahawa terma yang relevan berkaitan pengeluaran wang pembiayaan hanya dinyatakan secara umum berdasarkan klausa 2(a) di dalam perjanjian pembelian hartanah tersebut. Selanjutnya, terma ini juga adalah tertakluk kepada syarat-syarat yang dinyatakan di dalam perjanjian kontrak bangunan bertarikh 12 November 1997. Secara ringkasnya, peguam plaintif telah berhujah bahawa cara lawatan ke tapak pembinaan yang dilakukan oleh pihak plaintif sebelum pengeluaran wang tuntutan oleh kontraktor adalah selaras dengan peruntukan dalam kontrak bangunan tersebut. Untuk menyokong hujahan beliau, Encik Abdul Rahim bin Mohd Sati telah menarik perhatian mahkamah kepada kes *Cheah*

Swee Fah v Bank Bumiputra Malaysia Bhd & Anor [2007] 7 MLJ 481; [2008] 3 CLJ 132 dan juga kes *Norashikin v Champion Motors (M) Sdn Bhd* [1971] 2 MLJ 217.

[23] Pihak defendan berhujah bahawa melalui soalan-soalan yang diajukan oleh peguamcara defendan dapat disimpulkan bahawa rumah kepunyaan defendan berada dalam keadaan yang senget, tiada pagar atau pintu, tiada sistem pembentungan najis dan mempunyai sistem pendawaian eletrik yang tidak sempurna. Keadaaan-keadaan ini menunjukkan bahawa pihak plaintif telah mengeluarkan wang tanpa membuat pemeriksaan secara terperinci. Defendan menegaskan sekiranya pemeriksaan oleh pihak plaintif dilakukan dengan mengambil kira jenis kerja, mutu kerja serta tahap ketahanan kerja yang tinggi sudah tentu kecacatan dan juga kerosakan akan diketahui dengan jelas oleh pihak plaintif. Oleh itu, pihak defendan menegaskan bahawa pengeluaran wang untuk bayaran pembiayaan pembinaan rumah tersebut dibuat secara sewenang-wenangnya oleh pihak plaintif dan ia juga menunjukkan bahawa pihak plaintif gagal bertindak selari dengan terma-terma yang terdapat di dalam penjualan hartanah tersebut.

[24] Peguamcara defendan juga menghujahkan bahawa terdapat kesilapan dalam sistem pengurusan bank plaintif kerana ia tidak mempunyai garis panduan mengenai pengeluaran wang berperingkat. Kelemahan ini mengundang kepada tindakan pengeluaran wang dengan sewenang-wenangnya oleh pihak pegawai bank itu sendiri dan seterusnya mengakibatkan defendan yang menanggung kerugian. Seterusnya, peguamcara defendan juga menyatakan bahawa pihak plaintif telah cuai menjalankan amanah kerana sebenarnya SP1 mempunyai satu kewajipan berhati-hati (*duty of care*) untuk memastikan tidak wujud apa-apa kerugian akibat daripada perbuatannya sebagaimana yang dinyatakan di dalam kes *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 (HL), kes *Dato' Seri Au Ba Chi v Malayan United Finance Bhd & Anor; Dato' Au Development Sdn Bhd v Malayan United Finance Bhd & Anor* [1989] 3 MLJ 434 dan juga kes *Chin Sin Motor Works Sdn Bhd & Anor v Arosa Development Sdn Bhd & Anor* [1992] 1 MLJ 23.

[25] Peguamcara defendan selanjutnya menghujahkan bahawa adalah jelas dan juga diakui oleh pihak plaintif bahawa pembayaran wang secara berperingkat (*progressive payments*) telah dibuat secara sewenang-wenangnya kepada Shahbuilders (M) Sdn Bhd dan bukannya kepada Master Bina Enterprise Sdn Bhd seperti yang dikehendaki di dalam perjanjian. Semasa soal balas dijalankan, SP1 mengakui bahawa pembayaran dibuat kepada Shahbuilders (M) Sdn Bhd kerana atas permintaan pemilik syarikat Master Bina Enterprise Sdn Bhd iaitu Sharil bin Ahmad Sahal. Sepanjang perbicaraan, pihak plaintif tidak pernah menunjukkan apa-apa bukti yang diperlukan bagi membolehkan mereka membuat pembayaran sedemikian. Encik Ahmad

Zaharil bin Muhaiyar berhujah bahwa adalah jelas bahawa di dalam kontrak pembinaan wujud terma yang menyatakan persetujuan secara bertulis perlulah diminta daripada pihak defendan sekiranya pihak plaintif ingin berbuat demikian. Dalam menyokong hujahan beliau, Encik Ahmad Zaharil bin Muhaiyar merujuk kepada kes House of Lords, *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22.

[26] Dalam menentukan isu ini, saya rasa adalah penting untuk difahami bagaimanakah wang pembiayaan BBA tersebut dikeluarkan oleh pihak plaintif. Berdasarkan keterangan PW1 dalam pemeriksaan utama, beliau telah menerangkan bagaimana wang pembiayaan sejumlah RM123,235.65 dibayar oleh pihak plaintif. Secara ringkasnya pembiayaan tersebut terbahagi kepada empat jenis pengeluaran. Iaitu:

(a) bayaran harga tanah berjumlah RM41,065.65;

(b) bayaran pelan cagaran takaful (*takaful mortgage plan*) berjumlah RM4,308;

(c) bayaran jangka panjang pemilik rumah takaful (*long term house owner's takaful*) berjumlah RM1,362; dan

(d) bayaran kemajuan kerja kepada kontraktor berjumlah RM76,500 secara berperingkat mengikut terma di dalam perjanjian kontrak bangunan di antara defendan dan kontraktor.

[27] Berdasarkan keterangan DW1, beliau juga bersetuju apabila diajukan soalan oleh peguam plaintif berkaitan Jadual II dalam perjanjian kontrak bangunan, bahawa pihak plaintif hanya bertanggungjawab untuk membayar kepada kontraktor bayaran bagi pembinaan rumah tersebut secara berperingkat mengikut Jadual II tersebut. Selanjutnya, berdasarkan keterangan saksi-saksi plaintif, dapat dibuktikan bahawa plaintif telah mengeluarkan bayaran bagi kos pembinaan rumah tersebut sebanyak 95% kepada kontraktor yang bernama Sharil bin Ahmad Sahal di mana pembayaran dibuat atas nama Shahbuilders (M) Sdn Bhd. Dalam perkara ini, setiap peringkat bayaran kerja yang dituntut oleh kontraktor dibayar setelah pegawai plaintif melakukan lawatan ke tapak pembinaan. Plaintif juga telah mengemukakan laporan-laporan lawatan ke tapak pembinaan ketika memberikan keterangan.

[28] Adalah jelas bahawa klausa 18 kontrak bangunan tersebut menekankan bahawa sijil dari arkitek adalah bagi mengesahkan bahawa kerja-kerja pembinaan tersebut telah disiapkan sepenuhnya dan sebarang aduan mengenai kecacatan binaan tersebut hendaklah dibuat oleh defendan dalam tempoh enam bulan. Klausa ini tidak secara khusus merujuk kepada cara pengeluaran bayaran berperingkat (*progressive payment*) kepada pihak kontraktor. Oleh itu,

dakwaan defendan bahawa sijil arkitek diperlukan bagi setiap pengeluaran bayaran berperingkat adalah tidak berasas dan wajar ditolak.

[29] Setelah penelitian dibuat ke atas kontrak bangunan tersebut, saya mendapati bahawa klausa yang relevan kepada isu pengeluaran bayaran berperingkat adalah klausa 7, di mana ia menyatakan:

> The Contractor shall forthwith take down and rebuild any work or part of the building which is not to be the satisfaction of the Financier valuation officer who shall approve such works for the purpose of payment from the Owner's housing loan.

[30] Merujuk kepada hujahan defendan mengenai tanggungjawab pihak plaintif ketika meluluskan pengeluaran bayaran berperingkat, pihak defendan mendakwa bahawa pihak plaintif mempunyai kewajipan berhati-hati (*duty of care*) untuk memastikan tidak wujud apa-apa kerugian akibat daripada perbuatannya. Dakwaan ini merupakan satu cubaan defendan untuk menyatakan bahawa selain dari tanggungjawab kontraktual, plaintif juga mempunyai kewajipan fidusiari (*fiduciary duty*) terhadap defendan. Memandangkan pihak defendan telah membangkitkan isu ini, maka saya akan menjawab persoalan sama ada hubungan antara plaintif dan defendan adalah berbentuk fidusiari. Jawapan saya adalah berpandukan kepada kes *Kian Lup Construction v HongKong Bank Malaysia Bhd* [2002] 7 MLJ 283; [2002] 7 CLJ 32, di mana Ramly Hj Ali H, (beliau ketika itu), telah membezakan antara hubungan fidusiari dan kontraktual seperti berikut:

> Generally, a banking institution provides a number of basic financial and advisory services to customers, namely:
>
> (a) traditional banking facility where customers deposit their moneys with the bank.
>
> (b) Financial and advisory services where the bank is appointed by the customer to be the customer's advisor …
>
> (c) *Financial facility where the bank provides loan or other financial facilities to customers such as overdraft facilities. In this category, the bank is a lender and tine customer is a borrower.*
>
> As for the third instance, ie, *where the bank provides a loan or financial facility to the customer, the relationship is also one of a debtor and a creditor.* In this case, the bank is a creditor (lender) and the customer is a debtor (borrower). From the above three scenarios, only the second instance involves a fiduciary relationship between the bank and the customer, while the first and third instances, *the relationship between them is merely contractual, ie, only as debtor and creditor, not fiduciary.*

[31] Berdasarkan kes di atas, adalah jelas bahawa hubungan antara plaintif dan defendan adalah hanya berasaskan hubungan kontraktual semata-mata di

antara seorang pemiutang (*creditor*) dan seorang penghutang (*debtor*), maka isu sama ada plaintif mempunyai tanggungjawab dan hubungan fidusiari terhadap defendan tidak relevan dan tidak timbul sama sekali.

[32] Berdasarkan huraian yang saya nyatakan di atas, saya mendapati bahawa prosedur lawatan ke tapak pembinaan yang dilakukan oleh pihak plaintif bagi tujuan pengesahan sebelum pengeluaran wang tuntutan oleh kontraktor adalah selaras dan tidak bertentangan dengan peruntukan dalam kontrak bangunan tersebut. Selanjutnya, adalah tidak wajar untuk mewajibkan plaintif supaya melakukan pemeriksaan secara terperinci atau melantik arkitek untuk menyediakan laporan ke atas setiap peringkat pembinaan sebelum meluluskan bayaran kemajuan tersebut, sedangkan kontrak bangunan tersebut tidak menghendaki plaintif untuk berbuat demikian. Prinsip ini digariskan di dalam kes *Cheah Swee Fah v Bank Bumiputra Malaysia Bhd & Anor* [2007] 7 MLJ 481; [2008] 3 CLJ 132, di mana Mahkamah Rayuan memutuskan bahawa:

> To impose on the bank any duty to ascertain the actual situation at the site or even for it to make inquiries would place an onerous duty on the bank. It could not be said that the first defendant was in breach of any of its duties in the absence of clear evidence that it was aware of the actual situation or that there was something amiss in the architect's certificate when it made the payment.

[33] Saya akan menyentuh pula isu mengenai hujahan defendan yang telah mempertikaikan bayaran berperingkat yang dibayar atas nama Shahbuilders (M) Sdn Bhd dan bukan kepada Master Bina Enterprise Sdn Bhd seperti mana diperuntukkan dalam perjanjian. Berdasarkan keterangan PW1 ketika disoal balas oleh peguam defendan, beliau telah menerangkan bahawa bayaran kemajuan dibuat atas nama Shahbuilders (M) Sdn Bhd adalah atas arahan Sharil bin Ahmad Sahal. Pembayaran bayaran berperingkat yang dibuat oleh plaintif kepada Shahbuilders (M) Sdn Bhd tidak pernah mendapat bantahan dari pihak defendan. Berdasarkan keterangan oleh saksi-saksi plaintif dan dokumen-dokumen yang dikemukakan ketika perbicaraan, adalah jelas bahawa defendan sendiri mempunyai pengetahuan mengenai pembayaran berperingkat yang dibuat oleh plaintif atas nama Shahbuilders (M) Sdn Bhd. Ini adalah kerana setiap surat-surat tuntutan bayaran oleh kontraktor telah dihantar salinannya kepada defendan. Tambahan pula, surat plaintif kepada defendan bertarikh 21 Mei 1998 juga ada menyatakan bahawa bayaran kemajuan peringkat ke 30% telah dibuat atas nama Shahbuilders (M) Sdn Bhd. Namun begitu, tiada sebarang bantahan dibuat oleh defendan terhadap cara pembayaran tersebut. Tindakan defendan tersebut secara langsung telah mengenepikan haknya bagi mempertikaikan pembayaran bayaran kemajuan tersebut pada masa kini. Prinsip undang-undang ini dikenali sebagai prinsip penepian (*waiver*) sebagaimana yang diterangkan di dalam kes *Norashikin v*

Champion Motors (M) Sdn Bhd [1971] 2 MLJ 217 di mana mahkamah telah merujuk keputusan dalam kes *Barrett Bros (Taxis) Ltd v Davies* [1966] 1 WLR 1334:

> The principle of waiver is simply this, if one party by his conduct leads another to believe that the strict rights arising under the contract will not be insisted upon, intending that the other should act on that belief, and he does act on it, then the first party will not afterwards be allowed to insist on the strict rights when it would be inequitable fro him so to do …

[34] Berdasarkan alasan-alasan yang disebut di atas, dalam menjawab isu (b) ini, saya memutuskan bahawa plaintif telah bertindak selari dengan terma-terma dalam perjanjian jualan hartanah tersebut khususnya dalam proses pengeluaran pembiayaan bagi pembinaan rumah banglo defendan tersebut. Selaras dengan dapatan ini, saya dengan ini membenarkan tuntutan plaintif dengan tiada perintah mengenai kos.

TUNTUTAN BALAS OLEH DEFENDAN

[35] Berdasarkan pliding yang difailkan, tuntutan balas defendan terhadap plaintif adalah seperti berikut:

(a) deklarasi bahawa perjanjian belian dan jualan harta adalah batal dan tidak sah;

(b) ganti rugi am sejumlah RM250,000;

(c) ganti rugi teladan sebanyak RM200,000;

(d) ganti rugi khas:

  (i) pendapatan sewa harta sebanyak RM1,000 sebulan;

  (ii) yuran guaman dan perbelanjaan sebanyak RM1,687;

  (iii) kos mengupah kontraktor baru untuk menyiapkan rumah sebanyak RM39,197;

  (iv) kos menilai harga tanah sebanyak RM15,000; dan

  (v) jumlah ansuran yang telah dibayar oleh defendan kepada plaintif sebanyak RM8,845.83; dan

(e) kos.

[36] Mengenai tuntutan balas defendan ini, saya akan membincangkan satu persatu berdasarkan 'prayer-prayer' yang dipohon.

Deklarasi bahawa perjanjian belian dan jualan harta adalah batal dan tidak sah

[37] Permohonan defendan dalam 'prayer' (a) ini adalah berasaskan hujahan bahawa kedua-dua perjanjian belian hartanah dan perjanjian jualan hartanah adalah terbatal dari mula kerana bertentangan dengan prinsip jual beli Islam. Isu mengenai keesahan pelaksanaan prinsip BBA di Malaysia telah saya huraikan di atas. Maka dengan mengguna pakai alasan yang sama, saya dengan ini menolak tuntutan balas defendan terhadap 'prayer' (a) ini.

Tuntutan ganti rugi am, ganti rugi teladan dan ganti rugi khas masing-masing melaiui 'prayer' (b), (c) dan (d)

[38] Untuk berjaya dalam tuntutan ganti rugi defendan perlu membuktikan ganti rugi-ganti rugi yang dituntut tersebut. Ini adalah berdasarkan ss 74 dan 76 Akta Kontrak 1950 (Akta 136) yang menghendaki defendan unutk membuktikan kerugian yang dialaminya.

[39] Adalah menjadi undang-undang yang mantap bahawa beban untuk membuktikan kerugian adalah terletak ke atas orang yang menuntut kerugian tersebut (defendan, dalam tuntutan balas ini). Dalam kes *Guan Soon Tin Mining Co v Wong Fook Kum* [1969] 1 MLJ 99; [1968] 1 LNS 43, Ong Hock Thye HMP berkata:

> The respondent, as plaintiff, of course had to discharge the burden of proving both the fact and the amount of damages before he could recover. Where he succeeded in proving neither fact nor amount of damage he must lose the action or, if a right was infringed, he would recover only nominal damages. Where he succeeded in proving the fact of damage,but not its amount, he would again be entitled to an award of nominal damages only. This statement of the law is concisely stated in *Mayne & McGregor on Damages* (12th Ed), para 174. For its practical application I would quote Lord Goddard CJ in *Bonham-Carter v Hyde Park Hotel Ltd* (1948) 64 TLR 177 at p 178:
>
> > The plaintiffs must understand that if they bring actions for damages it is for them to prove their damage; it is not enough to write down the particulars and so to speak, throw them at the head of the court, saying, 'This is what I have lost: I ask you to give me these damages'. They have to prove it'.

[40] Prinsip pembuktian ini juga dijelaskan oleh Edgar Joseph Jr J (beliau ketika itu) di dalam kes *Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v Plenitude Holdings Sdn Bhd* [1994] 3 MLJ 777; [1995] 1 CLJ 15 seperti berikut:

> Firstly, that part of the judgment of the judge which provides that the vendor shall pay to the purchaser damages to be assessed for wrongful termination of the agreement with costs and that Tan Sri Khoo and the vendor shall pay to the

purchaser damages to be assessed for breaches of the undertakings, even though affirmed on appeal, can in no way relieve the purchaser of satisfying the fundamental requirement of having to prove its loss (if any) arising from those breaches. To hold otherwise would amount to dispensing with proof of quantum altogether, and that cannot be the law.

[41] Semasa perbicaraan kes ini, tidak ada satu pun surat-surat, bil-bil atau resit bayaran yang dikemukakan oleh DW1 atau DW2 kepada mahkamah ini. Defendan gagal mengemukakan sebarang bukti bagi menyokong kerugian-kerugian serta perbelanjaan yang dikatakan telah dialami oleh beliau. Dengan ketiadaan dokumen sokongan bermakna tuntutan balas oleh defendan seharusnya ditolak kerana ianya hanya merupakan pengataan kosong semata-mata.

[42] Berdasarkan kepada prinsip-prinsip yang dinyatakan di atas dan selepas meneliti kesemua keterangan yang dikemukakan oleh defendan dalam kes ini, saya berpendapat bahawa defendan telah gagal untuk membuktikan, atas imbangan kebarangkalian, kerugian yang telah dialami. Oleh itu, tuntutan balas defendan adalah dengan ini ditolak dengan tiada perintah mengenai kos.

[43] Tuntutan plaintif dibenarkan, tanpa kos.

[44] Tuntutan balas defendan ditolak, tanpa kos.

Tuntutan plaintif dibenarkan dan tuntutan balas defendan ditolak tanpa perintah untuk kos.

Dilaporkan oleh Kanesh Sundrum